

DELLE

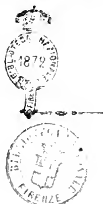
CIRCOSTANZE ATTENUANTI

NEL

CODICE PENALE

PER

SANTE MARTINELLI



FIRENZE,
STABILIMENTO CIVELLI
Via Panicale, 39

1870.

Estratto dal Giornale *Cesare Beccaria*.

Questo lavoro di grande importanza, fu dal Commendatore Sante Martinelli pubblicato nel 1862 in una edizione poco estesa, dopo che il Codice di Sardegna del 1859 venne applicato anche nelle Provincie Meridionali.

In tale scritto dell'egregio Martinelli sono esaminate e svolte varie e importantissime questioni, in alcuna delle quali risolute contrariamente alla giurisprudenza francese, la curia italiana ha seguito l'avviso del nostro ragguardevole giureconsulto.

Il sommo Mittermaier nel 1863, a proposito di un altro lavoro del Martinelli che ha per titolo: *Di alcune riforme ai Codici Penali italiani*, ne fece una apposita rassegna ed encomiò molto le teorie svolte in quei dotti lavori, che riscossero anche il plauso della stampa italiana e della Reale Accademia di Napoli.

Noi crediamo di far cosa grata a' nostri lettori ripubblicando tale pregevole monografia, che per avere da vari anni veduta la luce, in un numero non grande di esemplari, è oggi divenuta rara e ricercatissima.

La Direzione.

AVVERTENZA

> Ut sine errore dijudicare possimus formula quaedam constituenda est, quam si sequemur in comparatione rerum, ab officio numquam recedemus.
> Cic., *de Off.*, lib. III, c. 2.

Non ho voluto scrivere un trattato sopra le *circostanze attenuanti*. Precipuo mio intendimento è stato quello di determinarne, secondo il Codice italiano, la propria natura, e descriverne i principali adoperamenti, per chiarire alcuni errori, derivanti in gran parte dal Codice francese, ov'esse hanno maggiore uso e autorità che non nel nostro; perchè il nostro ha già vinte molte imperfezioni nel sistema di penalità che l'altro mantiene tuttavia. La patria di Beccaria, di Filangieri, di Romagnosi e di Nicolini, malgrado le secolari divisioni e i suoi peggiori governi, ha in ciò avanzato la civilissima Francia, o se da lei ha ricevuto alcun instituto, l'ha pur sempre migliorato di buon tratto. Importa che la magistratura italiana se ne ricordi, e che non interrompa la gloriosa tradizione della giurisprudenza nazionale.

§ I.

Dell' origine e dell' indole delle circostanze attenuanti nei codici francese e italiano.

1. Le generose dottrine intorno al diritto penale, che nel secolo decimottavo eransi levate contro l'arbitrio e l'atrocità delle pene, non si fermarono ai soli trionfi ottenuti, mercè la rivoluzione dell' ottantanove, nella prima compilazione del codice francese. Non appena, cessato il rumore delle ultime battaglie dell' impero, e si fu messa un po' di calma negli spiriti, ripigliarono lena a nuove e non meno importanti conquiste. Chi guardi, invero, nella storia, le origini e i progressi della penalità, per due vie distinte e con due speciali lavori la scienza va recando i suoi aumenti; l' uno, volto più particolamente a mitigare e a far più umane le pene, secondo la ragione de' tempi; l'altro, inteso a proporzionarle ai reati, distinguendole ai gradi d'imputabilità. Il primo precede sempre il secondo, e fruttificò, quindi, più che non l'altro, nelle codificazioni compiuto sul cominciare di questo secolo. Ond' è che non è meraviglia se, non guari dopo, molte pene parvero, ed erano veramente, esagerate. Non tanto che fossero atroci o troppo severe di per sè stesse, quanto perchè non proporzionate ai reati, nei quali la legge non distingueva peranco tutti quei gradi d' imputabilità che la scienza e il naturale progresso dello spirito umano già distinguevano.

2. Or, naturalmente, l' instituto che sopra ogni' altro doveva riuscire più acconcio, e che in fatti riuscì, a far sentire più potentemente questo bisogno alla coscienza dell' universale, fu appunto il *Giurì*. Il quale, spesso, per non farsi stumento cieco all'applicazione di una pena troppo rigorosa e ingiusta, preferiva disarmare la legge, dando il *verdetto* negativo. Donde l'impunità di non pochi misfatti, che commosse la Francia, e che ridestò gli assopiti oppositori dell' instituzione dei giurati.

3. Tanta incertezza nei giudizii penali costrinse alla fine le Camere legislative, nell' anno 1832, nell'alternativa o di ritornare alla magistratura permanente, o di modificare il Codice. Parve pericoloso il primo; lungo e difficile il secondo partito. Ne fu preso un terzo, mercè cui, senza rovesciare il Giurì, nè riformare il Codice, fosse data facoltà

alle *Assisie* di distinguere nel reato, per via di *circostanze attenuanti*, molti più gradi d'imputabilità che nella correlativa ipotesi della legge non erano contemplati, e di applicarvi in proporzione le pene, secondo le specialità de'singoli casi. « Le Jury, diceva Barthe, nell'esposizione dei motivi della legge del 28 aprile 1832, s'habitue à faire peu de cas de sa propre sincérité; il se refugie dans des fictions, c'est à dire le mensonge; il se parjure de peur d'être cruel.... Il est notoire qu'il recule souvent devant les conséquences de sa déclaration.... L'expérience démontre que son penchant est d'assurer, par l'effet même de sa déclaration, les atténuations qu'il croit justes (1) ». Dando al Giurì la facoltà di dichiarare il concorso di *circostanze attenuanti*, per cui fosse certo che il magistrato avrebbe il debito di moderare la pena della legge, valeva, come ripete lo stesso Barthe: « rendre régulier l'usage d'un pouvoir dont il est en possession.... attendu qu'il vaut mieux le lui donner, que le lui laisser prendre (2) ». Bisognava concedergli un'altr' arma, perchè fatto sicuro di poterla adoperare con coscienza e legalità, fosse in grado di non abusarne.

4. Così il sistema delle *circostanze attenuanti*, già ricevuto nello stesso Codice francese pei reati correzionali, fu esteso a ogni maniera di reati, affinchè, oltre le diminuzioni di pene contemplate nelle ipotesi già previste dal Codice, avesse potuto il Giurì diminuire ancor più esse pene, in ragione di tutte le altre circostanze, le quali, avvenga che non considerate in particolare dalla legge, possono nondimeno verificarsi nei fatti umani, e graduarne altrimenti la imputabilità.

5. La disposizione legislativa intorno alle *circostanze attenuanti*, che si legge nell'articolo 463 del Codice francese (3), può riassumersi in questi capi:

1° Obbligo nel giudice di diminuire le pene secondo la designazione statuita nel medesimo articolo.

---

(1) Code pénal progressif, p. 13 e 18.

(2) Code pénal progressif, p. 349.

(3) « Art. 463, Cod. p. Les peines prononcées par la loi contre celui ou ceux des accusés reconnus coupables, en faveur de qui le jury aura déclaré les circonstances atténuantes, seront modifiées ainsi qu'il suit. — Si la peine prononcée par la loi est la mort, la cour appliquera la peine des travaux forcés à perpétuité ou celle des travaux forcés à temps. Néan-

2° Nella discesa delle pene, tanto comuni che di ordine politico, la latitudine data al giudice è in generale da uno a due gradi.

3° Per mantenere questa proporzione, poichè esse pene non hanno divisione in gradi, e quindi ciascuna di esse ne rappresenta uno solo, il giudice dai lavori forzati a tempo dovrebbe scendere o alla reclusione o all'esilio; ma il legislatore, come avvisa Ortolan (1), stimandole di non troppa efficacia, ha voluto sorpassare tanto l'esilio, quanto la degradazione civica, e quindi, ove il giudice stimasse discendere di due gradi, deve ricorrere alla pena del carcere non maggiore di cinque, nè minore di due anni. Del pari, se la pena del reato è quella della reclusione, si prescrive la medesima norma, con la facoltà di poter giungere sino ad un anno di carcere (2).

4° Quando la pena originaria è quella del carcere o dell'ammenda, la latitudine data al giudice può dirsi illimitata, poichè si può discendere anche al di sotto di sei giorni pel carcere, ed al di sotto di sedici franchi per l'ammenda.

---

moios, s'il s'agit de crimes contre la sureté extérieure ou intérieure de l'Etat, la cour appliquera la peine de la déportation ou celle de la détention: mais dans le cas prévus par les Art. 86, 96 et 97 elle appliquera la peine des travaux forcés à perpétuité ou celle des travaux forcés temps. — Si la peine est celle des travaux for cès à porpétuité la cour appliquera celle des travaux forcés à temps ou celle de la réclusion. — Si la peine est celle de la déportation, la cour appliquera la peine de la détention ou celle du bannissement. — Si la peine est celle des travaux forcés à temps, la cour appliquera la peine de la réclusion ou les dispositions de l'article 401, sans toutefois pouvoir réduire la durée de l'emprisonnement au-dessous de deux ans. — Si la peine est celle de la réclusion, de la détention, du bannissement ou de la dégradation civique, la cour appliquera les dispositions de l'article 401, sans toutefois pouvoir réduire la durée do l'emprisonnement au-dessous d'un an. — Dans lo cas où lo Code prononce le *maximum* d'une peine afflictive, s'il existe des circostances atténuantes, la cour appliquera le *minimum* de la peine. ou même la peine inférioure. — Dans tous les cas où la peine de l'emprisonnement et celle de l'amende sont prononcées par lo Code pénal, si les circonstances paraissent atténuantes, les tribunaux correctionnels sont autorisés, même en cas de récidive, à réduire l'emprisonnement même au-dessous de six jours et l'amende même au-dessous de seize fr.; ils pourront aussi prononcer séparément l'une au l'autre de ces peines, et même substituer l'amende à l'emprissonnement, sans qu'en aucun cas elle puisse etre au-dessous des peines de simple police. »

(1) *Eléments de droit pénal*, pag. 757. Paris, 1855.

(2) Quando adunque il legislatore francese sostituiva in questa gradazione il carcere all'esilio ed alla degradaziono civica, il faceva per misura di rigore, e non d'indulgenza.

5° Ove il Codice prescrivesse il *maximum* di una pena afflittiva, il giudice deve applicarne il *minimum*, o ricorrere alla pena inferiore.

6. Gl' Italiani, risorti a vita d'unità nazionale, non potevano certo compiere meglio gli ordini liberi del loro reggimento che adottando il sistema dei giurati nei giudizii penali. In ciò vi erano due tipi a seguire, l'inglese e il francese, su' quali hanno invero presso che tutti gli Stati moderni modellata siffatta instituzione. Si è prescelto il francese. Non è questo il luogo di esaminare se la scelta fosse felice, o se, tenuto conto dei difetti che la giurisprudenza ha ivi segnalati, della critica degli scrittori e dei lumi che la scienza va ogni dì più diffondendo su questa maniera di giudizii, non saria stato miglior partito impiantarne uno d'impronta tutta nazionale. Ad ogni modo, una volta adottato il giurì francese, doveva di necessità ammettersi il sistema delle circostanze attenuanti anche pei reati maggiori.

7. E fu ammesso (1). Nondimeno vi è tra i due codici una differenza notevolissima, cui bisogna aver l'occhio. Il Codice francese difetta grandemente, al paragone del nostro, nella distinzione dei gradi d'imputabilità. A ciò sopperire ed a meglio proporzionarvi le pene, per assicurarne l'applicazione, comparve appunto il sistema delle circostanze attenuanti, quando l'instituzione dei giurati quasi parea vacillasse sotto il peso di troppe *magnanime menzogne*. Il Codice italiano non può, dunque, aver ereditato dal francese il sistema delle circostanze attennanti senza *beneficio d'inventario*, senza restringerne il campo.

8. Basti ricordare le materie delle scuse, del tentativo, della complicità, che il potere legislativo in Francia non è mai giunto a riformare, come pur doveva, mentre in Italia hanno raggiunto un altissimo segno di sviluppamento. Talchè, a temperarvi le pene, proporzionandole in ragione dei diversi gradi d'imputabilità, il Codice francese deve, molto più che non l'italiano, commettersi necessa-

(1) Non è già che l'idea ne fosse del tutto nuova in Italia, perchè tutti i Codici degli antichi Stati l'avevano adottate per taluni speciali reati, la maggior parte correzionali; ma non poteva aver acquistata peranco quella ampiezza di cui è capace, e che ebbe ultimamente mercè l'istituzione de' giurati.

riamente, per via di circostanze attenuanti, alla prudenza dei giurati (1).

Nel Codice francese i fatti di provocazione nei reati di sangue si riducono alle percosse ed alle violenze gravi contro le persone (art. 321). La dichiarazione, quindi, del concorso delle circostanze attenuanti supplisce ad ogni altra maniera di fatti ingiusti che ponno aver valore di provocazione. Non così il Codice italiano, il quale ha previsto a ribocco tutti i varii modi co' quali potesse provocarsi un omicidio, una ferita, una percossa, distinguendo la valutazione della provocazione grave dalla lieve; per l'ultima della quali autorizza il magistrato a diminuire la pena da uno a tre gradi (art. 562 e 567).

Nel Codice francese la pena del tentativo è agguagliata a quella del reato consumato. Col sistema delle circostanze attenuanti si ripara a questa enormezza, che sconosce la vera nozione e il valore degli elementi che costituiscono il reato. Il nostro Codice, per contrario, fedele alle tradizioni del foro, della scuola, delle leggi e della giurisprudenza italiana, ha scemato la pena del tentativo, graduandola ancora diversamente secondo che il reato fosse tentato o mancato (art. 96, 97, 98).

E poi che la teorica della complicità pone capo in quella del tentativo, i medesimi errori dovevan verificarsi nella legislazione francese, cui soccorre eziandio il sistema delle circostanze attenuanti. Ma, per ciò stesso, una corrispondente gradazione di pena doveva riscontrarsi ancora su questo punto nella legislazione italiana, perchè non fosse mestieri di supplirla per altre vie.

Il Codice francese non ha tenuto conto della sventura dei sordo-muti, della limitazione e confusione delle loro idee, che le più grandi e paterne cure di un filantropico e paziente institutore non giungono che raramente ed imperfettamente a rischiarare. Il Codice italiano vi ha sapientemente provveduto (art. 92, 93).

Il Codice francese non ha considerato nel calcolo della imputabilità « uno stato intermedio tra la privazione di mente che rende non imputabile l'uomo dei suoi atti, e quel pieno possesso delle forze della mente che lo ren-

(1) M. Dumon. Rapport à la chambre des députés, *Code pénal progressif*, p. 19.

dono sindacabile delle proprie azioni (1) ». Tanto che la giurisprudenza ha dovuto stabilire come la ubbriachezza non essendo compresa nella ipotesi dell'art. 64, non possa altrimenti venire ammessa e valutata che come circostanza attenuante (2); dovechè il Codice italiano non ha mancato di considerarne l'influenza nella gradazione dell' imputabilità (art. 95).

9. A non toccare, adunque, lasciando stare le minori, che queste somme differenze, le quali corrono fra i due Codici, nelle teoriche fondamentali di penalità, torna evidente come e perchè si effettui diversamente nelle due legislazioni il concorso delle circostanze attenuanti. Le quali se spesso nel Codice francese debbono riparare un errore della legge, non sono chiamate nel Codice italiano che per sopperire a quelle accidentali specialità di fatti e di condizioni individuali non prevedibili, nè prevedute dal legislatore, non essendo atte a essere raggruppate in una ipotesi di disposizione legislativa. E però nel Codice italiano debbono esercitare minore influenza, che non nel francese, sulla diminuzione delle pene, e ristringersi in un campo molto più breve, appunto perchè i gradi d'imputabilità e, con essi, le correlative determinazioni di pene, sono molto più specificati nel nostro Codice che nell' altro. Altrimenti, chi volesse adoperarle al modo stesso, riuscirebbe non rade volte tra noi ad assottigliare tanto la pena, che nulla, o pochissimo mancherebbe alla impunità.

10. Tutto il sistema delle circostanze attenuanti secondo il Codice italiano si riassume in una *regola generale obbligatoria*, e in due *eccezioni*, l' una *potestativa* e l'altra *limitativa* di questa (3).

---

(1) Relazione della commissione a S. A. R. il Principe di Carignano, già Luogotenente del Re nelle provincie napoletane, per le modifiche e pubblicazione del Codice penale del 1859 in queste provincie medesime.

(2) A. Chauveau et F. Helie. — *Théorie du Code pénal*, n° 868, 869 e 870.

(3) « Art. 682. In tutti i reati contro la proprietà, quando il danno non eccede lire venticinque, e concorrono circostanze attenuanti, il giudice è autorizzato a diminuire le pene nella seguente proporzione.

« Se la pena è dei lavori forzati a tempo, si potrà discendere alla pena della reclusione; se la pena è della reclusione, si potrà discendere a quella del carcere, con che però non sia mai minore di mesi sei.

« Ove l' importo del danno eccede le lire venticinque, ma non sorpassi le lire cento, le pene criminali sopra menzionate potranno in concorso di circostanze attenuanti essere diminuite di due gradi.

Regola generale obbligatoria. — Concorrendovi circostanze attenuanti, deve il giudice diminuire di un grado, pei reati contemplati nel Codice, le pene criminali e correzionali (art. 684).

Eccezione potestativa, per ampliare a più di un grado la diminuzione delle pene.

A. Nei reati contro la proprietà:

Valore del danno non inferiore a L. 25.	1° Se la pena designata è quella dei lavori forzati a tempo, si può discendere alla reclusione; 2° Se è quella della reclusione, si può discendere fino a sei mesi di carcere (art. 682).
Valore del danno da 25 a 100 lire.	Tanto la pena dei lavori forzati a tempo, quanto quella della reclusione, possono essere diminuite di due gradi (articolo 682, n° 2).
Punibili col carcere o con la multa.	Il giudice può spaziare per tutti i gradi della pena del carcere o della multa, e giungere, ove il creda, sino alle pene di polizia (art. 683).

B. Nei reati contro le persone, la facoltà di ampliare la diminuzione è ristretta a quelli soltanto punibili del carcere o della multa, dalle quali pene si può anche discendere fino a quelle di polizia (art. 683).

Sotto-eccezione limitativa della predetta *facoltà di ampliare la diminuzione delle pene.* — Tanto nei reati contro la proprietà, quanto in quelli contro le persone, in quei casi in cui la legge prefigga un *minimum* della pena del carcere o della multa, il giudice, a partire dal *minimum*, non può diminuirla che di soli due gradi.

« Art. 683. Nei casi, ne' quali è stabilito da questo Codice la pena del carcere o della multa per reati commessi o contro le persone, o contro la proprietà, se concorrono circostanze attenuanti, potrà il giudice discendere alla pena di polizia.

« Quando però la legge prefigge un *minimum* della pena del carcere o della multa, la diminuzione di pena non potrà aver luogo che nel limite di due gradi a partire dal *minimum* stabilito.

« Art. 684. Senza pregiudizio della facoltà fatta alle Corti ed a' Tribunali coi due precedenti articoli, e delle altre diminuzioni di pena prescritte o permesse dal presente Codice: qualora ne' reati in esso Codice contemplati e punibili di pene criminali o correzionali, concorrono circostanze attenuanti, dovranno le Corti e i Tribunali diminuire la pena di un grado. »

11. Or chi confronti per poco il sistema delle circostanze attenuanti dell'art. 463 del Codice francese con questo che abbiamo esposto degli articoli 682, 683 e 684 del nostro Codice, non può non riconoscerne le sostanziali differenze, le quali derivano appunto dalla diversità dei principii che abbiamo notati.

1° Nel Codice francese la regola è che, nel concorso di circostanze attenuanti, il magistrato deve in generale, quale che sia il reato, non escluse le contravvenzioni, diminuir sempre la pena da uno a due gradi; che vuol dire, la diminuzione obbligatoria di un grado e la facoltativa di un altro, essere entrambe di regola ed estendersi insieme ad ogni maniera di reati. Nel Codice italiano per contrario, la sola diminuzione obbligatoria di un grado è comune a tutti i reati criminali e correzionali, escluse le contravvenzioni. La diminuzione protestativa non opera che per eccezione in taluni reati contro la proprietà e in alcuni reati correzionali contro le persone.

2° Nel Codice francese, non essendo le pene divise per gradi, la latitudine data al giudice di diminuirle, da uno a due gradi, equivale spesso alla diminuzione di cinque a sei gradi del Codice italiano; dovecchè, nel nostro, in cui le pene sono graduate, la discesa di un grado non importa che si sorpassi tutta la specie di pena indicata, bensì la sola porzione ch'è compresa in quel grado, giusta il testo dell'articolo 66. Talchè gli effetti del concorso delle circostanze attenuanti, nel giro della regola generale, sono limitatissimi, al paragone del Codice francese.

3° In ordine ai reati punibili di carcere e di ammenda, la diminuzione che si opera secondo l'ultimo alinea del Codice francese, essendo conseguenza della regola generale che diminuisce ogni pena da uno a due gradi, abbraccia tutti i reati punibili con tali pene. Non così nel Codice italiano ove la maggiore diminuzione che quivi ha luogo, essendo conseguenza della eccezione potestativa, non riguarda che alcuni reati contro la proprietà ed i correzionali contro le persone, cui essa eccezione si riferisce; onde ne restano esclusi i delitti politici, quelli contro la religione, e simili.

12. Il sistema, adunque, delle circostanze attenuanti non ha di comune nelle due legislazioni che l'obbligo nel giudice di diminuire la pena comminata dalla legge; ma diversifica indubitatamente quanto alla intensità e alla

estensione; differenza importantissima, la quale arguisce un rilevante progresso nel sistema di penalità del Codice italiano, e mostra quanto si dilunghino dal vero coloro che si danno a credere non essere gli articoli 682, 683 e 684 del nostro Codice che una copia servile dell' articolo 463 del francese.

§ II.

Dell' unicità di valutazione delle circostanze attenuanti.

13. Secondo le cose finora ragionate sopra l' origine e l' indole delle circostanze attenuanti nel Codice italiano, è chiaro che l' eccezione potestativa, essendo un' ampliazione della regola, la contiene virtualmente in sè stessa; e però quando il magistrato, facendo uso dell' eccezione, applica la maggior diminuzione di pena che in essa si contiene, non può accordare a un tempo un' altra diminuzione in virtù della regola; perché, altrimenti, applicherebbe la regola due volte, e concederebbe due diminuzioni di pena in luogo di una che ne dà la legge. In altri termini, la quistione potrebbe porsi così: *Nei reati contro la proprietà non eccedenti il valore di 25 o di 100 lire, e punibili coi lavori forzati a tempo o con la reclusione, e in quelli contro la proprietà o contro le persone, punibili di carcere o di multa, deve il giudice, nel concorso di circostanze attenuanti, applicata la diminuzione di cui è parola negli articoli 682 e 683, diminuire anche la pena di un altro grado per la regola generale dell' articolo 684?* L' opinione affermativa cui inclinano alcuni dotti magistrati, e parecchie decisioni pronunziate ultimamente in questo senso da talune Corti del Regno, paionmi sì apertamente erronee e contrarie alla legge, che importa, davvero, di esaminare molto più accuratamente che non si è fatto questo punto di diritto.

14. Senza ripetere ciò che già abbiam detto, non si può rivocare in dubbio che l' articolo 684, esprimendo un *comando*, comune a tutti i reati, contenga la *regola;* e gli articoli 682 e 683, esprimendo una *facoltà*, limitata a talune specie di reati, contengano *l'eccezione.*

Qualora, dice l'articolo 684, *nei reati in esso Codice contemplati e punibili di pene criminali o correzionali, concor-*

rano circostanze attenuanti, dovranno *le Corti e i Tribunali diminuire la pena di un grado.* Sempre, dunque, che vi concorrano circostanze attenuanti, non possono le Corti e i Tribunali, secondo le rispettive competenze, non scemare la pena di un grado.

Negli articoli 682 e 683, che comprendono l'eccezioni, la legge invece d'imporre, come nella regola generale, una maggiore discesa di pena, l'ha abbandonata alla prudenza del magistrato: *il giudice* è autorizzato *a diminuire* (articolo 682) — *si* potrà *discendere* (ivi) — *le pene menzionate.....* potranno *essere diminuite* (ivi) — potrà *il giudice discendere a pene di polizia* (articolo 683).

15. Di che nasce una conseguenza inevitabile, e questa è che dovendosi la regola estendere a tutti *i reati contemplati nel Codice* (punibili di pene criminali o correzionali), i reati designati nella eccezione degli articoli 682 e 683 vi sono, senza fallo, compresi; e quindi nella maggior diminuzione di pena per essi sancita vi è *ipso jure* compresa anche la diminuzione di quel grado della regola. Veramente, la disposizione dell'articolo 684, a fil di logica, è mal collocata dopo quella degli altri due, cui avrebbe dovuto precedere. Ma ciò non toglie che tutti e tre, ben considerati e integrati tra loro, non rivelino nitidamente il concetto della legge sopra l'ordine della diminuzione delle pene per concorso di circostanze attenuanti.

La regola, obbligatoria, sovrasta all' eccezione, potestativa; poichè comprende in sè quella parte di pena la quale trovasi nell' una e nell'altra; di forma che la limitazione della regola è segnata dalla maggior latitudine della eccezione, e questa, rigorosamente parlando, non comincia ad avere effetto, nella sua applicazione, se non quando il magistrato ha nella discesa già sorpassato un grado della pena. Il due suppone l'uno.

Il perchè, quando il giudice, facendo uso dell'eccezione, diminuisce la pena di oltre un grado, secondo gli articoli 682 e 683, egli ha con ciò già fatto uso implicitamente della regola; nè potrebbe, dopo questa diminuzione accordarne un'altra in virtù di essa regola, se pur non dee la regola applicarsi due volte, ed ammettersi che le medesime circostanze dovessero riapparire sotto la stessa forma alla mente del giudice, per costringerlo a valutarle una seconda volta, che sarebbe un assurdo.

16. Tanto più, che la latitudine nella quale può spaziare il giudice nei casi degli articoli 682 e 683 è immensa. Da venti anni di lavori forzati egli può, sorpassato quattro gradi di pena, fermarsi a tre anni di reclusione. Da dieci anni di reclusione può percorrere sei gradi di pena ed arrestarsi a sei mesi di carcere. Da cinque anni di carcere saltare a piè pari sei gradi di pena, e ridursi a quelle di polizia. Siffatta latitudine accordata nei casi della eccezione, mostra che la legge non avea mestieri d' imporre, esaurita questa, anche una seconda diminuzione di pena. Per non dire altro, quando fosse da applicare l' articolo 683, quale sarebbe la conseguenza della necessaria diminuzione di un altro grado di pena? Poco mancherebbe che non si avesse a fare i conti col colpevole, e dargli la resta. Come ciò potrebbe essersi statuito in un Codice nel quale la gradazione dell' imputabilità è stata minuziosamente applicata alle fondamentali teoriche della penalità, ed a tutte le svariate ipotesi dei fatti criminosi?

17. Ancora: ci sarà certamente consentito che le disposizioni degli articoli 682 e 683, se dànno una facoltà potestativa intorno alla loro applicazione, dànno ad un tempo al giudice il potere di arrestarsi, sulla linea della latitudine assegnata, in quel punto che più gli piaccia. Ciò sembra non aver d' uopo di dimostrazione per chi sia iniziato, non diremo nella scienza, nella pratica del diritto.

Ebbene, due casi possono verificarsi, o che il giudice si fermi in alcun punto intermedio della linea di latitudine, o che la percorra tutta.

Nel primo caso, come si concilierebbe la facoltà data al giudice di arrestarsi in quel punto che più gli talenti nella discesa della pena, col dovere che gli s' imporrebbe poi, per l'articolo 684, della diminuzione di un altro grado? Che dirà il giudice nella sua decisione, pogniamo sopra la prima ipotesi dell' articolo 682? Dirà che *essendo il danno minore di lire 25 e concorrendovi circostanze attenuanti, dal secondo grado dei ferri discendo, in grazia di esempio, al secondo grado della reclusione; ma poichè vi concorrono circostanze attenuanti, debbo discendere di un altro grado.* Dunque non sarebbe più vero che per l'articolo 682 il giudice fosse libero nella discesa della pena. Se vuol discendere di due gradi, deve percorrerne tre; se di tre, deve percorrerne quattro!

Nel secondo caso, quando, esaurita tutta la latitudine

assegnata, si arrestasse all'ultimo punto di essa; quando, discendendo dalla pena della reclusione fosse giunto a' sei mesi di carcere, che formano le colonne di Ercole per la facoltà concessagli dall'articolo 682, potrà forse diminuire ancora di un grado la pena e condannare il colpevole a tre mesi di carcere, malgrado il precetto assoluto della legge di non potersi mai, quando il danno non ecceda le lire 25 e vi concorrano circostanze attenuanti, oltrepassare i sei mesi di carcere?

Non è lecito attribuire alla legge tanta contraddizione, che agli occhi di tutti certamente salterebbe, se tutti rammentassero che *incivile est, nisi tota lege perspecta, una aliqua particula ejus proposita, judicare vel respondere.*

18. Laonde a nulla rileva ripetere che, in materia penale, *benignius leges interpretandæ sunt;* chè, senza uscire da' preziosi ricordi della sapienza romana, bisognerebbe rammentare che il giureconsulto completeva l'aforisma, additandone i confini, *quo earum voluntas conservetur* (1, 28. D. de leg.), e che *lex est id quod lex voluit* (1. 5. c. de leg.). I precetti di benigna interpretazione, massime in fatto di leggi penali, onorano, del sicuro, come han sempre onorato, ogni onesto e saggio magistrato; ma vi è un gran divario dall'interpretare una legge al foggiarne una che ne sia invece la più schietta negazione.

19. Ma gli articoli 682 e 683, dicono i sostenitori dell'opposta sentenza, precedono il 684. Or come questo contiene una regola generale applicabile a tutti i reati punibili di pene criminali o correzionali; debbonsi di necessità comprendere anche quelli menzionati nei due articoli precedenti. Tanto vero, che l'articolo 684 comincia: *Senza pregiudizio della facoltà fatta alle Corti ed a' Tribunali coi due precedenti articoli.* Di che traggono, che se questo articolo comanda la diminuzione di un grado di pena *senza pregiudizio della facoltà* precedente, convien dire che questa diminuzione è imposta anche quando il giudice avesse fatto uso di quella facoltà.

20. Piano alle conseguenze. Leggasi per intero l'artisolo 684, e la magagna dell'argomento sarà svelata.

« Art. 684. — Senza pregiudizio della facoltà fatta alle Corti ed a' Tribunali coi due precedenti articoli, e delle altre diminuzioni di pena prescritte, o permesse dal presente Codice; qualora nei reati in esso Codice contemplati, e punibili di pene criminali o correzionali, concorrono cir-

costanze attenuanti, dovranno le Corti e i Tribunali diminuire la pena di un grado. »

Senza pregiudizio della facoltà. — Negli articoli 682 e 683 contiensi una eccezione potestativa, comecchè più ampia della regola obbligatoria, per taluni reati speciali, la cui applicazione rimane tutta ad arbitrio del giudice. Per guisa che, se non fosse per l'articolo 684, ancorchè il Giurì dichiarasse verificata in ogni condizione l'ipotesi degli articoli 682 e 683, potrebbe benissimo il giudice negare qualunque diminuzione di pena.

Nella redazione adunque dell'articolo 684, ove posteriormente si poneva per regola generale la diminuzione obbligatoria di un grado di pena, a due cose, rispetto ai precedenti articoli, bisognava provvedere: 1° che quei reati speciali non fossero esclusi dalla regola generale, affinchè il giudice avesse il dovere di diminuir per essi ancora la pena almeno di un grado; — 2° che la limitazione della regola non potesse mai colpire la maggior latitudine della precedente facoltà. Fu necessità, quindi, estendere il precetto della regola anche a quella maniera di reati, *senza pregiudizio della facoltà* precedente, cioè senza che questa restrizione potesse mai essere di ostacolo al giudice ove volesse far uso della maggior latitudine della facoltà medesima. In altri termini, affine di stabilire, che per quei reati speciali come per tutti gli altri il giudice *deve* applicare la regola; ma che per quelli soltanto *può* spaziare in una maggior latitudine. Ecco che importa la frase *senza pregiudizio.* Senza cioè che la restrizione della regola possa in alcun modo modificare la più larga facoltà che la precede.

21. Il che si parrà ancora molto più evidente ove si ponga mente ai due termini, cui il legislatore riferisce, con le parole *senza pregiudizio,* la diminuzione obbligatoria di un grado, che è il soggetto logico dell'articolo 684. Quando la riferisce agli articoli precedenti, la pone in relazione con la *facoltà* del giudice (*senza pregiudizio della facoltà fatta alle Corti e ai Tribunali coi due precedenti articoli*). Quando la riferisce alle altre attenuazioni di pene, le quali han luogo indipendentemente da quella che viene determinata dalle circostanze attenuanti, la rapporta alla *diminuzione delle pene,* e non alla *facoltà* del giudice, serbando lo stesso linguaggio e per la diminuzione delle pene *prescritte* e per quelle *permesse* (*senza pregiudizio delle*

altre diminuzioni di pena prescritte o permesse dal presente Codice). Ciò vuol dire che nel secondo caso, con le parole *senza pregiudizio*, il legislatore ha voluto far salva la *diminuzione* delle pene; nel primo, ha inteso far salva la sola *facoltà*, cioè la potestà di spaziare in una maggior latitudine. Altrimenti avrebbe detto, molto più acconciamente e laconicamente, *senza pregiudizio delle diminuzioni di pene autorizzate nei due precedenti articoli, e delle altre prescritte o permesse dal presente Codice.*

22. La lettera della legge, adunque, anzi che contraddire, riferma la nostra opinione. L'origine dell'errore, intanto, convien notarlo, muove da un vizio di compilazione del novello Codice italiano, in cui l'articolo 684 è affatto nuovo, e gli articoli 682 e 683 non sono che una riproduzione degli articoli 727 e 729 dell'antico Codice sardo. I compilatori han creduto che i vecchi dovessero precedere il nuovo, non badando che in questo dimorava la regola e in quelli l'eccezione. Or è mestieri che in una questione di tanta importanza per le sue pratiche conseguenze, l'uniformità della giurisprudenza si determini secondo la mente della legge, o che il potere legislativo intervenga per impedire che il principio della certezza e della uguaglianza delle pene sia con false interpretazioni manomesso. Onde ci parrebbe che fino a che non sarà pubblicato un nuovo Codice per tutta l'Italia, gli articoli sopra le circostanze attenuanti potrebbero essere così modificati.

Art. 682. « Senza pregiudizio delle altre diminuzioni » di pene prescritte o permesse dal presente Codice; qualora nei reati in esso contemplati e punibili di pene criminali, o correzionali, concorrono circostanze attenuanti, dovranno le Corti e i Tribunali diminuire la pena di un grado ».

683. « In tutti i reati contro la proprietà, in questo » articolo indicati, quando il danno non eccede le lire 25, » e concorrono circostanze attenuanti, il giudice potrà, » non attenendosi alla regola del precedente articolo, diminuire le pene come segue:

« Se la pena è dei lavori forzati a tempo, si potrà discendere alla pena della reclusione; se la pena è della » reclusione, si potrà discendere sino a sei mesi di carcere, e non oltre.

« Ove l'importo del danno ecceda le lire 25, ma non

» sorpassi le lire 100, le pene criminali sopra menzionate
» potranno, in concorso di circostanze attenuanti, essere
» diminuite di due gradi.

684. « Nei casi nei quali è stabilita da questo Codice
» la pena del carcere o della multa per reati commessi
» o contro la persona, o contro la proprietà, se concor-
» rono circostanze attenuanti, il giudice potrà non atte-
» nersi alla regola dell' art. 682, e discendere fino alle
» pene di polizia.

« Quando però la legge prefigga un *minimum* della
» pena del carcere o della multa, la diminuzione di pena
» non potrà aver luogo che nel limite di due gradi a par-
» tire dal *minimum* stabilito ».

§ III.

Dell' influenza della dichiarazione delle circostanze attenuanti sopra le pene accessorie e la confisca.

XXIII. Poichè nell'articolo 684 intorno alle circostanze attenuanti si parla in generale di reati punibili di pene criminali o correzionali, nell' art. 682 della pena dei lavori forzati a tempo e della reclusione, per taluni reati speciali, e nell' art. 683 di reati punibili col carcere o con la multa, potrebbe nascer dubbio se dal silenzio della legge intorno alle pene accessorie, debba dedursi che sopra di esse non abbia alcun effetto il concorso delle circostanze attenuanti.

Innanzi tratto è uopo distinguere le pene accessorie inerenti alle pene principali da quelle stabilite per taluni speciali reati.

Quanto alle prime, è inutile discorrerne, non potendo dar luogo a dubbio di sorta. Perchè, dovendo seguir sempre la pena principale, quando questa, per concorso di circostanze, attenuanti svanisca, vanno via ancor' esse.

Il dubbio non può nascere che intorno alle seconde, che sono precisamente quelle statuite nel capo 4° del libro 1° del Codice penale, sulle quali importa di fare alcune osservazioni.

XXIV. « Sono pene accessorie, dice l'art. 38, 1° *l' in-
» terdizione* o la *sospensione* dall' esercizio di una carica
» od impiego determinato, di una determinata professione,

» negoziazione od arte. 2° La *sorveglianza* speciale della » pubblica sicurezza. 3° L'*ammonizione* ».

XXV. L'*interdizione* si *deve* aggiungere alle condanne per crimini commessi con abuso dell'esercizio di una carica ec. ec., (art. 40).

La *sospensione*, oltre i casi determinati dalla legge, *può* aggiungersi alle pene correzionali inflitte per delitti commessi con abuso ec. ec., (art. 42).

È indubitato quindi che l'*interdizione* appartenga all'ordine delle pene criminali, e la *sospensione* a quello delle correzionali, la cui durata essendo ridotta a breve tempo (art. 41), non rappresenta che una limitazione e gradazione della prima.

E poichè l'*interdizione*, essendo perpetua, è ingraduabile, ed accompagna la pena principale per quei reati speciali che fossero definiti *crimini*, ne conseguita che, quante volte le circostanze attenuanti non valgono a far sostituire una pena correzionale alla criminale, essa non può essere eliminata.

Non così quando, mercè il concorso delle circostanze attenuanti, si discendesse a pene correzionali. Imperocchè se la colpabilità dell'accusato rimane talmente assottigliata da fargli meritare una pena correzionale, che è riserbata ai *delitti*, si uscirebbe dai termini della giustizia e della equità, ove si volesse aggiungere accessoriamente ad una pena correzionale un'altra criminale, e che in questo caso poi sarebbe perpetua.

Allora non rimane al giudice che, senza esentare del tutto il colpevole dalla pena accessoria, propria per quella maniera di reati, sostituire all'*interdizione* la *sospensione*, la quale, come abbiam notato, non è che una gradazione della prima, livellata alle pene correzionali.

XXVI. In ordine alla *sospensione*, dalla lettera dell'articolo 42 rilevasi come l'aggiunzione di questa pena non sia di obbligo (*può aggiungersi*), tranne in quei casi in cui la legge l'abbia espressamente imposto, come negli articoli 237, 238, 312, e non è mai applicabile che quando il reato speciale sia un delitto. Il perchè fa d'uopo che la pena principale sia correzionale; sicchè, ove il Giudice, pel concorso delle circostanze attenuanti, diminuisca la pena correzionale nei gradi di essa, e voglia aggiungervi, per quei reati speciali, la sospensione, potrà avvalersi della latitudine segnata nell'articolo 41, proporzionan-

dola al grado della pena principale. Quando poi sorpassasse tutta la pena correzionale, e discendesse alle pene di polizia, sia o non sia obbligatoria l'aggiunzione della *sospensione*, egli non potrebbe mai applicarla, poichè la legge in termini precisi dice potersi aggiungere *alle pene correzionali*, non a quelle di polizia (art. 42).

XXVII. Dal complesso degli articoli 45 e 46 del codice penale, risulta che la *sorveglianza speciale della pubblica sicurezza* appartiene sì all' ordine delle pene criminali, sì a quello delle correzionali. Vi sono soggetti i colpevoli di reato contro la sicurezza interna od esterna dello Stato, condannati a pene criminali o correzionali; i condannati a' lavori forzati, od alla reclusione, per grassazioni, estorsioni, rapine o furti; i condannati a pene criminali o correzionali pei reati preveduti dagli articoli 426, 428, 429 e 430 (*dell' associazione dei malfattori*).

Quando poi si accompagni alle pene criminali non può essere minore di tre anni, nè maggiore di dieci; quando alle correzionali, non minore di sei mesi, nè maggiore di due anni, salvo i casi speciali della legge determinati, come quelli degli articoli 431 e 435.

Da ciò si fa manifesto: 1. Che essendovi una latitudine da tre anni a dieci, quando la sorveglianza è considerata criminale; e da sei mesi a due anni, quando correzionale, ove per concorso di circostanze attenuanti sia il caso di diminuire la pena principale prescritta pei reati summenzionati, il Giudice terrà conto della latitudine di essa, rispettivamente a quell' ordine di pena cui l'associa; e quando dalle pene criminali discenda alle correzionali, dovrà ancora dalla *sorveglianza* di tre anni a dieci passare all' altra di sei mesi a tre anni; proporzionandola, secondo la sua prudenza, a quel grado di pena ove si arresta la diminuzione. — 2. Poichè la legge adopera la voce *condannati* (articolo 45), ne conseguita che se pei reati di Stato è applicabile a' condannati a pene criminali ed ai condannati a pene correzionali, ed in casi simili ai condannati pei reati previsti dagli art. 426, 428, 429 e 430, quando pel colpevole di rapine, di furti ecc., punibili coi lavori forzati a tempo, o con la reclusione, sia pel concorso di circostanze attenuanti, applicata la pena del carcere, la *sorveglianza* rimarrà assolutamente esclusa; imperciocchè la legge fa dipendere in questi casi (2 alinea dell'articolo 45) l' addizione della sorveglianza, dalla

qualità della pena pronunziata, e non dalla sola natura del reato: *condannati a' lavori forzati ed alla reclusione.*

Ma che si dirà, quando per l'art. 483, il giudice dalla pena del carcere, p. es., discendesse alle pene di polizia?

Qui è duopo rammentare, che la legge livella la *sorveglianza* a due ordini di pene soltanto, alle criminali ed alle correzionali (art. 46). Per conseguenza ove il colpevole sia condannato a pene di polizia, trovandosi sottoposto ad una pena con la quale la *sorveglianza* non ha alcuna relazione, non può il giudice aggiungerla senza contravvenire alle disposizioni testuali della legge.

La lettera e lo spirito degli articoli 45 e 46 del codice penale, menano senza difficoltà a queste nostre conchiusioni. L'indicazione dei *condannati* per taluni reati speciali, che debbono soggiacere alla *sorveglianza,* oltre i casi determinati dalla legge medesima; la sua distinzione in criminale e correzionale, tolgono a noi tutte le difficoltà sorte in Francia intorno a questa questione, la quale è stata colà lungamente dibattuta, pei termini in cui son redatti gli art. 44 e seguenti di quel codice. Noi ci dispensiamo dal riprodurne le fasi, essendo nella maggior parte diverse le vie che conducono a risolverla nel codice italiano da quelle che bisogna percorrere nell'altro, ove, per le difficoltà che presenta il testo, si è costretti di andare a tentoni. Solo vogliamo notare, che, quando si verifica il caso dell'ultimo alinea dell'art. 463 del codice francese, la giurisprudenza oggi è costante nel riconoscere nel giudice la facoltà di dispensare il condannato dalla *sorveglianza* (1). Ci è accaduto, perciò stesso, di meravigliare leggendo in un libro che s'intitola *Commentario teorico-pratico del Codice penale per gli Stati di Sua Maestà Vittorio Emanuele,* questa *massima,* senza discussione e senza distinzione alcuna, e con semplice rinvio alla giurisprudenza ed agli scrittori francesi: *I tribunali possono in virtù di questo articolo* (683) *rimettere al colpevole le pene accessorie nei casi che queste sieno pronunziate dal Codice.*

XXVIII. L'*ammonizione,* che consiste nel riprendere il reo in pubblica udienza (art. 47) sopra un fatto, un detto od uno scritto riprovato dalla legge, non senza avvertirlo

(1) Trébutien, *Cours élém. de dr. pen.* part. 1, p. 309. — Ortolan, *Elém. de dr. pen.,* n. 4640. — Cheauvau et Helie, *Com.* n. 4058.

delle pene più severe che gli toccherebbero in caso di recidiva, *può essere aggiunta alle pene correzionali ed a quelle di polizia* (art. 48, 49).

Da ciò è chiaro: 1° che la sua applicazione è abbandonata alla prudenza del giudice, senza esser mai obbligatoria; — 2° che può aggiungersi sì alle pene correzionali, sì a quelle di polizia.

Laonde non è mestieri di ragionamenti per dimostrare che nel caso dell'art. 683, sia che il giudice non esca dalla pena del carcere o da quella della multa, sia che le sorpassi, abbia sempre la facoltà di aggiungere, o non, l'*ammonizione*.

XXIX. Quale sarà poi l'influenza delle circostanze attenuanti sulla *confisca speciale?*

In questa quistione si son molto versati gli scrittori e la giurisprudenza francese, e ne han conchiuso che la confisca, essendo non pure una *pena* che una misura di ordine, per sottrarre dalla circolazione gli strumenti del reato, non possa mai essere dispensata per concorso delle circostanze attenuanti (1).

Questo che in Francia ha formato oggetto di questione, nol potrebbe presso noi. Nel codice francese l'art. 11 riconosce la *confisca speciale*, come una *pena* comune alle criminali e alle correzionali; e nell'art. 464, ove si fa menzione delle pene di polizia, si parla della confisca di taluni oggetti. Per guisa che, a rigor di logica, quando per un reato punibile correzionalmente, si facesse passaggio a pene di polizia, non dovrebbe potersi riconoscere la *confisca*, la quale se viene annoverata anche fra queste, viene però limitata a quei tali oggetti che hanno originariamente relazione con talune contravvenzioni, e non coi delitti.

Ma per noi il discorso procede diversamente. L'art. 74 del Codice italiano prescrive che « le condanne a qualun» que pena portano la confisca, tanto del corpo del reato

---

(1) Cheauvau, op. cit., n. 4057. — Trébutien, loc. cit. — Ortolan, l. c. Dubitiamo, nondimeno, della solidità nella ragione allegata dagli scrittori e dalla giurisprudenza francese. Perchè, se fosse tutta vera, la confisca dovrebbe poter cadere sugli strumenti che han servito al reato, anche quando non appartenessero al colpevole; il che vien resistito dalle disposizioni di quel codice come dal nostro, nei cui testi rispettivi si legge, *allorchè la proprietà ne appartiene al colpevole.*

» quanto delle cose che hanno servito a commetterlo, al-
» lorchè la proprietà ne appartiene al condannato. »

L'istessa norma, sebbene con la indicazione speciale, è dettata dall'art. 689 intorno alle pene per le contravvenzioni.

Dal parallelo, adunque, fra le due legislazioni, si vede che il testo dell'art. 74 del codice italiano ha immegliato di molto l'art. 11 del francese, ed ha tolto ogni pretesto ai dubbii ed alle questioni.

E quindi ha tolto alla confisca speciale la nota di pena *accessoria*, e l'ha ravvisata unicamente come una misura di giustizia e di prevenzione ad un tempo.

Se egli è vero che la confisca del prodotto del reato, e degli strumenti che gli han servito, metta capo nel rapporto criminoso che essi hanno col colpevole, sia come mezzo, sia come effetto del malefizio, finchè questo esiste, qualunque sia la quantità rispetto al dolo o al danno, quel rapporto non cessa mai di essere criminoso; in che dimora appunto il motivo della determinazione della legge. La quale, si delinqua come dieci o come due, quanto ai mezzi materiali ed al prodotto del reato, non può adottare una gradazione, come nelle pene propriamente dette, non potendo il prodotto del reato essere in parte criminoso ed in parte no.

Laonde per quanto minima sia la pena, alla quale il magistrato discenda pel concorso delle circostanze attenuanti, la confisca speciale, la quale è stabilita indipendentemente dalla pena del reato, non può mai essere eliminata.

§ IV.

Della competenza del giurì a dichiarare il concorso delle circostanze attenuanti, anche quando in pubblica discussione il reato da crimine diventi delitto.

XXX. Le cose ragionate sopra l'origine e l'indole delle circostanze attenuanti, circa l'unicità della loro valutazione, e sulle attenenze ch'esse hanno con le pene principali e con le accessorie, chiariscono sufficientemente qual sia il giudice competente a pronunziarne il concorso. Parte in-

tegrante, com'esse sono, del giudizio di fatto, dal giurì o dai tribunali, secondo che il giudizio di fatto spetti di regola all'uno o agli altri, a norma delle rispettive competenze (art. 684 cod. pen. 9, 480 (1) e seguenti Pr. pen.).

Nondimeno, nella regola della competenza incontra, per economia di giudizi, una eccezione; e questa è, che quando in pubblica discussione il reato da crimine diventi delitto, la corte di assisie, in luogo di rinviarlo al tribunale correzionale, ne applica essa stessa la pena (art. 502 (2), pr. pen.).

In questo caso, chi deve chiarire il concorso delle circostanze attenuanti, la corte, giudice di diritto, o il giurì, giudice di fatto? Generalmente, in Francia e in Italia, si creduto che debba chiarirlo la corte; ma è un errore, il quale scalza l'ordine delle giurisdizioni, e ripugna al testo non dubbio della legge.

XXXI. È stata già avvertita, ed è verissima, una lacuna del codice italiano, in quanto non determina specialmente la facoltà del presidente delle assisie a proporre le *questioni sussidiarie*, o *eventuali*, che vogliansi dire (3); difetto comune, invero, al codice francese, cui ha dovuto sopperire la giurisprudenza (4). La quale, però, ha trovato su questo punto così in Francia come in Italia, un sicuro fondamento nel testo stesso della legge. Il giurì non risponde altrimenti che col *sì* o col *no* alle questioni che gli sono preposte dal presidente delle assisie; e il presidente, giusta gli art. 480, 481 e 482 (5), non può proporgli altre quistioni che quelle: 1. intorno al fatto principale ed alle sue circostanze aggravanti, sia che allegate nell'atto di accusa, o surte in discussione pubblica; 2. sopra il fatto di scusa proposta dall'accusato; 3. circa il discernimento, se l'accusato è minore di 14 anni, o anche di 16, ove si tratti di reati di stampa. Quando, dunque, il reato portato davanti la corte d'assisie perdesse in pubblica discussione i caratteri che ne

---

(1) Corrispondente all'art. 494 delle pr. pen. del 1865.
(2) Art. 516 delle pr. pen. del 1865
(3) Gabelli, *I giurati nel nuovo regno italiano.*
(4 V. una lunga serie di decisioni della Cassazione di Francia dal 1813 al 1852 riportata da F. Hélie, *Tr. da l'insr. cirm*, tom. VI, § 664.
(5) Art. 494, 495, 496 della proc. pen. del 1865.

determinavano la competenza, e divenisse delitto spettante alla giurisdizione del tribunale correzionale, la correlativa dichiarazione non potrebbe essere pronunciata dal giurì, ove il presidente non gliene proponesse l'analoga questione; ch'è appunto ciò che indirettamente, ma non dubbiamente, statuisce l'art. 502 (1) della nostra procedura penale, cui risponde l'articolo 365 dell'istruzione criminale francese: « Se il fatto costituisce reato ai termini della » legge penale anche nel caso in cui, secondo le risul- » tanze del dibattimento, si riconosca non essere la causa » pel titolo del reato, di sua competenza. » Questa disposizione, esprimendo la eccezione che la corte d'assisie, quando in pubblico dibattimento il reato da crimine diventi delitto, in luogo di rinviarlo al tribunale correzionale, debba essa stessa applicarne la pena, contiene altresì implicitamente il concetto che, cioè, la eliminazione di quelle circostanze, che davano al reato la figura di crimine, non possa altrimenti effettuarsi, che con le risposte del giurì sulle corrispondenti quistioni poste dal presidente della corte. Volendo il fine, deve la legge averne voluto i mezzi.

XXXII. Se, dunque, il giurì dichiarato il reato non crimine, deve nondimeno pronunziare sul delitto, può mai essere da un giudice diverso esaminato, in quel medesimo delitto, se vi concorrono circostanze attenuanti?

Per regola, nei reati maggiori, la legge ha stabilito due giudici diversi, uno pel fatto, l'altro per la valutazione giuridica del fatto stesso e per l'applicazione della pena. Nei reati minori, la *cognitio* e l'*imperium*, tranne alcune eccezioni, sono, invece, riunite in un medesimo magistrato, il tribunale. Il perchè, quando la corte d'assisie, in virtù dell'art. 502, conosce di un reato di competenza del tribunale, essa procede per prorogata giurisdizione, la quale si effettua *per ad vocationem*, non scendendo la corte alle attribuzioni del tribunale, ma salendo per eccezione, il delitto alla competenza della Corte d'Assisie.

XXXIII. La competenza, rispetto alla giurisdizione di cui s'investe il potere giudiziario, non ne rappresenta che la *misura secondo la quale è distrubuita dalle leggi tra i varii magistrati* (2). La quale misura è più o meno limi-

(1) Art. 516 della proc. pen. del 1865.

(2) V. Pisanelli, *Commentario del Codice di Procedura Civile*, vol. I, pag. 17.

tata, secondo l'ordine gerarchico dei magistrati medesimi. Un giudice inferiore, quindi, non potrebbe in alcun caso, conoscere di un reato di competenza del giudice superiore; perchè la materia non si troverebbe compresa nella misura della sua giurisdizione. Il che non va detto nel caso inverso. Onde non vi è Codice di procedimento, il quale non abbia attribuita al giudice superiore la conoscenza dei reati minori, o quando siano connessi con quelli di sua competenza, o quando diventan tali perchè dispogliati di quelle qualità che per la loro gravezza ne avevano determinata la competenza.

XXXIV. Accanto a questo principio ne sta un altro non meno importante, cioè, che l'organamento di un magistrato con la determinazione dei suoi poteri non può mai trasformarsi senza una disposizione testuale della legge. La giurisdizione, per poter essere attuata ha d'uopo, come ogni umana instituzione, di una forma certa, la quale, mentre le dà vita, disegna e determina ad un tempo le condizioni di sua esistenza. E questa forma, derivando dalla medesima fonte da cui scaturisce essa giurisdizione, non può essere modificata se non dal potere medesimo che l'ha creata. Ogni alterazione organica nella composizione e nelle attribuzioni del magistrato lo annullerebbe, essendo una condizione *sine qua non* della sua legale esistenza: *In collegiis instituentis, non solum ordo collegarum ad invicem consideratur ab instituente; sed et facultas ad officia exercenda; quod est terminum juris in collegio vel in ordine* (1).

Il perchè, il magistrato superiore, cui accade talvolta di conoscere, per eccezione, di un reato minore, non trasmuta per questo la natura organica della sua giurisdizione, essendo naturale che il più comprenda il meno. Laonde, non è la corte d'assisie che scende alle attribuzioni del Tribunale per giudicare di un delitto, ma invece è il delitto, il quale risale alla competenza superiore di quella. In che consiste precisamente ciò che i giuristi addimandano *Avocazione*.

XXXV. Or la corte d'assisie, secondo l'organica sua composizione, consta di due elementi, dei giurati, che verificano la specificazione dell'ipotesi della legge nell'ac-

(1) Dante, *De Monarchia*, lib. 2.

cusato, e dei giudici che ne applicano le conseguenze di diritto. Una volta, quindi, che la legalità del giudizio dee nascere dal simultaneo concorso di questi due fattori, l'uno di essi non può stare senza dell'altro, nè possono vicendevolmente scambiarsene le attribuzioni. Aperta la sessione, non vi è corte d'assisie, ove manchino i giurati; non vi è giurì, ove non sieno presenti i giudici. Non vi è questione di pena sulla quale possano pronunciare i Giurati, non questione di fatto che possa loro sottrarsi. Perchè i giudici soli potessero riunire le due distinte attribuzioni, dovrebbe una legge speciale espressamente autorizzarlo, come avviene dei giudizii contumaciali, pei quali la Corte *si raduna senza intervento di giurati*. Ma quando la legge se ne tace, e solo permette che la corte d'assisie, così com'essa è composta, conosca, per avocazione, di un reato di competenza del tribunale, l'organizzazione di essa corte rimaner deve inalterata, come inalterabili rimangono, secondo il precetto della legge, le distinte attribuzioni dei due fattori che la costituiscono, l'*imperium* ai giudici, la *cognitio* ai giurati; ai quali ultimi spetta, in conseguenza, tutta la questione di fatto e, con essa, la dichiarazione delle circostanze attenuanti, che ne forma parte integrante. « Si le Jury, diceva Treilhard, » n'est pas l'unique juge des faits, il n'est plus rien ».

XXXVI. Lo stesso art. 502 (1) lo manifesta letteralmente. Proposta che sia dal Presidente la questione *sussidiaria*, se il *verdetto* è affermativo, *la Corte*, dice l'articolo, *pronuncia la pena*, non altro. Come dunque sarebbero mutate le facoltà dei due elementi che la costituiscono? Perchè sarebbero scemate le attribuzioni dei Giurati, aumentate quelle dei giudici? Perchè la dichiarazione delle circostanze attenuanti spetterebbe ai giudici, non ai giurati? Forse non è più dessa una questione di fatto? Ed essendo, come mai nel più non si conterrebbe il meno, e chi giudica dell'esistenza del fatto, non dovrebbe poi poter giudicare del concorso delle circostanze attenuanti?

XXXVII. Ma si obbietta: la facoltà del giurì si limita in questo caso a svestire il reato della condizione di crimine, e a farlo dichiarare delitto; il resto rimane nelle attribuzioni della corte, la quale si pone nel luogo del

(1) Art. 516 della proced. pen. del 1865.

Tribunale Ma se fosse vero che la legge avesse voluto arrestare la facoltà del giurì là dove comincia il delitto, il giudice non dovrebbe rimaner ligato dal *verdetto* che ne afferma o nega l'esistenza. E se deve rispettare il giudizio sul fatto, deve rispettare ancora quello sulle modificazioni di esso. Ne volete una prova? Se avviene che il fatto, oltre alla disputa se sia crimine o delitto, presenti anche, nell'un caso o nell'altro alcuna scusa, il Presidente, dopo la questione principale e la sussidiaria, deve proporre ai giurati eziandio quella sulla scusa, e i Giurati vi debbono, certo, rispondere. L'art. 481 (1), non fa eccezioni. Dunque, non è vero che le attribuzioni dei giurati cessino non sì tosto abbiano dichiarato la esistenza del delitto.

E se debbono pronunziare sul fatto di scusa, debbono poterlo fare ancora sulle circostanze attenuanti, le quali, potendosi spesso cogliere in qualche cosa di vago e d'indeterminato, si trovano maggiormente ligate con le attribuzioni del Giudice di fatto. Altrimenti si sconoscerebbe l'origine e l'indole delle circostanze attenuanti, le quali furono appunto introdotte per evitare che i Giurati, non trovando modo di attenuare la pena, preferissero un *verdetto* negativo. Chi assicurerebbe i giurati che il Giudice di diritto non mancherebbe di dichiarare il concorso delle circostanze attenuanti, per diminuirne in proporzione la pena?

XXXVIII. Ancora: se il delitto fosse stato portato innanzi al Tribunale, l'imputato avrebbe potuto sperimentare un doppio grado di giurisdizione, con tutte le agevolazioni che porta seco la istruzione correzionale. Egli invece, assoggettato ai palpiti ed alle maggiori restrizioni di un procedimento criminale, non potrebbe più sperimentare un secondo giudizio. L'unico compenso lo trova nelle ampie garentie che gli offre il giudizio per Giurati innanzi la Corte d'Assisie. Se ciò è vero, non è lecito dimezzare per lui le attribuzioni del Giurì in quel punto precisamente dal quale può dipendere una immensa attenuazione di pena. O i giurati debbono pronunziare sul fatto, anche quando il reato risulti non essere di competenza della Corte d'Assisie, ovver no. Nel primo caso, non v'è ragione di

(1) Art. 495 della pr. pen. del 1865.

negargli la dichiarazione delle circostanze attenuanti. Nel secondo, la sua pronunciazione dovrebbe arrestarsi quando ha già svestito il reato di quei caratteri che avevano determinato la competenza della Corte; ed il Presidente, nel presentare ai Giurati la questione principale, dovrebbe annunziare che, ove il *verdetto* fosse negativo, andrebbe a proporre ai Giudici la questione eventuale. Questa, e non altra, dovrebb'essere la procedura, quando non si volessero rispettare i principii regolatori dell' *avocazione*.

XXXIX. La contraria autorità degli scrittori e della giurisprudenza francese, in difetto di buone ragioni, a nulla giova. Tutto il loro ragionamento può compendiarsi in due capi. 1° In materia criminale la potestà dei Giudici di fatto è accuratamente separata da quella dei Giudici di diritto, sebbene sia difficile di poterne delineare con molta precisione i limiti. Ma in materia correzionale, i due poteri o sono confusi, come nei Tribunali, o misti, come nelle Corti d' Assisie quando giudicano de' delitti. 2° Perciò gli articoli 341, i. c. e 463, c. p., attribuiscono ai Giurati la dichiarazione delle circostanze attenuanti nelle materie criminali, ed ai soli Giudici delle Assisie, esclusi i giurati, o ai Tribunali, nelle materie correzionali (1). Ma da qual testo di legge possono gli scrittori francesi aver desunta quest' arbitraria trasformazione organica della giurisdizione? Sono essi che per sottrarre al Giurì quel che la legge non toglie, creano una terza maniera di giurisdizione, la quale non ha nulla di comune, anzi sconvolge la designazione organica dei poteri. Allorchè il delitto risale eccezionalmente alla competenza della Corte d' Assisie, si confonde, circa le forme del giudizio, con quelli di materia criminale. Nè l' istesso Hélie, a proposito dell' articolo 365 del Codice d' istruzione criminale, che corrisponde al nostro art. 502, opina diversamente (2). « M. » Mangin, ei dice, tire de ce texte la conséquence que la » compétence de la Cour d'Assises s'étend à tous les faits » punissables dont elle a été saisie par la chambre d'ac- » cusation, et qu'on ne peut lui opposer ni l'incompétence » matérielle, ni l'incompétence territoriale. Il nous semble » que l'objet de cet article a été principalement de main-

(1) Cheauvan et Hélie, op. cit. n. 4048, 4049, 4050.
(2) F. Hélie, *Traité de l' instr. crim.*, vol. VI, pag. 597.

» tenir la compétence de la Cour d'Assises, lorsque, dans
» le cours des débats, le fait, éclairé par la discussion,
» change de caractère, lorsque, par example, il descend
» aux proportions d'un délit ou d'une contravention. Dans
» ce cas, la Cour d'Assises, valablement saisie du procès,
» s'en dessaisirait-elle au moment où elle achève de l'ins-
» truire, pace qu'elle découvre une circonstance qui au-
» rait dù motiver son renvoi devant une autre juridiction?
» Elle le devrait, dit M. Merlin, si l'art. 365 ne lui eût
» pas conféré, pour ne pas prolonger les procédures, le
» droit de le juger ».

E poco appresso: « qu'il ne soit justiciable que de la
» juridiction correctionnelle, soit à raison de ce que le
» fait ne constituerait qu'un délit ou qu'une contraven-
» tion...... Il suffit qu'elle soit régulièrement saisie: la
» plénitude de juridiction dont elle est investie lui attri-
» bue une compétence génerale pour juger tous les faits
» et tous les accusés qui sont renvoyés devant elle (1). »
Or è appunto in questo art. 365 (302) che gli scrittori e la giurisprudenza francese, per non andare errati, avrebbero dovuto rilevare la natura della giurisdizione prorogata. Come abbiamo già innanzi dimostrato, se la legge, senza dir altro, comanda solo, in termini generali, che la Corte, quando scopra in pubblica discussione di non esservi crimine, ma delitto, debba pronunciarne la pena, il giudice di diritto, come in tutti gli altri reati, non deve potere altro che applicarne solo la pena, lasciando intera ai giurati la quistione di fatto, e, quindi, la dichiarazione sul concorso delle circostanze attenuanti.

XL. In verità, questo errore che confutiamo ebbe in Francia un'occasione, che appo noi manca del tutto, anzi vi concorre in senso contrario. L'art. 341 del Codice d'istruzion criminale, cui corrisponde il nostro art. 483 (2) della procedura penale, nello stabilire la regola e il modo con cui il Presidente delle Assisie deve avvertire i giurati di dichiarare il concorso delle circostanze attenuanti, dice: *en toute matière criminelle.... le président..... avvertira le jury*. Onde che parve in Francia, che quando il reato, da crimine diventi delitto, nè il Presidente possa avvertire,

(1) Helie, Op. cit., vol. VIII, pag. 787.
(2) Art. 497, *Della pr. pen.*, del 1865.

nè i giurati dichiarare le circostanze attenuanti, quasi che l'uffizio del giurì, salvo le materie criminali, non possa mai toccare le correzionali, che pur gli sono dalla legge commesse nel caso dell'art. 365. Il che non è vero, perchè l'art. 341 pone la regola secondo la propria giurisdizione delle Corti d'Assisie, ch'è essenzialmente *criminale*, la quale non cambia già di natura, come abbiam dimostrato, quando essa Corte, *per avocazione*, conosce di un delitto in virtù dell'art. 365. Ma nel Codice italiano è poi verissimo l'argomento contrario; perchè l'art. 483, p. p., non riferisce punto alle materie criminali l'obbligo dell'avvertenza concernente le circostanze attenuanti, ma, in generale, a tutte quelle che possano, come che sia, spettare alle Corti d'Assisie, o per giurisdizione propria, o per giurisdizione prorogata: *Il presidente, dopo di aver poste le questioni in iscritto, avverte i giurati che se essi a maggiorità di voti pensino esistere a favore di uno o più degli accusati circostanze attenuanti, debbono farne la dichiarazione.*

XLI. Oltrecchè, secondo il Codice italiano, per una eccezione, che non è nel francese, alcuni reati correzionali, giusta l'articolo 9 della procedura penale, sono di speciale competenza della Corte d'Assisie. Or, se niuno dubita che per questa specie di reati correzionali, di cui la Corte d'Assisie conosce per giurisdizione propria, le circostanze attenuanti debbano venir dichiarate dai giurati, non v'è ragione di sottrarle loro per quei reati correzionoli su cui la medesima Corte giudica per giurisdizione prorogata. Il che mostra quanto inconsideratamente si governino coloro i quali, volendo illustrare la nostra legislazione penale, non adoperano meglio che di riferirsene, troppo leggiermente, agli scrittori e alla giurisprudinza francese (1).

§ V.

Dell'obbligo che hanno i tribunali correzionali, e le Corti di appello di motivare sopra le circostanze attenuanti.

XLII. L'articolo 489 (2) della procedura penale, nel descrivere i modi del *sì* e del *no*, con cui i giurati deb-

(1) *Comentario teorico-pratico sul Codice penale per gli Stati di S. M. Vittorio Emmanuele*, pag. 507. num. 11.
(2) Art. 513, *Della pr. pen.* del 1865.

bono rispondere alle *questioni* loro proposte dal Presidente, stabilisce, in ordine alle circostanze attenuanti, ch' essi se ne debbano tacere affatto, se non le trovino esistenti: *quanto alle circostanze attenuanti, l'esito della votazione non è dichiarato, salvo che sia affermativo sull'esistenza di esse.* Questa regola è applicabile ai tribunali e alle Corti di appello nei giudizi correzionali di loro competenza?

A risolvere il dubbio, convien guardare due cose: 1. la propria natura delle circostanze attenuanti; 2. la differenza che corre tra la instituzione dei giurati, e quella dei tribunali correzionali.

XLIII. Le circostanze attenuanti, come abbiam veduto, sono particolarità variabilissime e indefinite di fatti, le quali determinano un minor grado d' imputabilità non potuto prefigurare in una speciale e determinata ipotesi di legge. E appunto perchè indefinite, sono lasciate interamente all'arbitrio e all'osservazione dei giudici di fatto; talchè variano e possono, o non, avverarsi e venire, o non, discoperte, non pure secondo le diversità dei singoli casi, ma secondo la impressione individuale degli osservatori. Ecco la ragione per cui non è dato al Presidente di proporre ai giurati alcuna questione sopra le circostanze attenuanti, ma solo ad avvertirli a dichiararne l'esistenza, quando accada che le rinvengano. Se manca l' ipotesi della legge, esse sono un ignoto di fatto e di diritto, finchè non sieno dichiarate esistenti, e manca, quindi, il primo termine, la definizione, anzi la materia da proporre in questione. Non così delle scuse, che hanno ipotesi determinate di legge; onde non si domanda vagamente ai giurati se vi sia una scusa, ma se consti il *fatto* di scusa allegato, salvo al giudice di diritto di valutare se quel fatto medesimo costituisca, o no, una scusa già definita dalla legge. Di che segue, che, a differenza delle altre questioni di fatto, la iniziativa intorno alle circostanze attenuanti è unicamente riservata ai giurati. I quali esercitano una facoltà diretta, non dipendente; propongono, e non rispondono. Di forma che quando pensino che non vi concorrano circostanze attenuanti, non debbano esprimere la loro negativa, cui mancherebbe la corrispondente domanda.

XLIV. Ma non è lo stesso dei tribunali correzionali, il cui instituto differisce sostanzialmente da quello dei giurati. In questo, il giudice di fatto è scelto dallo stesso

accusato, ed è separato dal giudice di diritto; e appunto elettivo e separato, non dà ragione del suo giudizio. In quello, le due funzioni sono congiunte in un solo magistrato, il quale ha l'obbligo di motivare le sue sentenze. Talchè la garentia della libertà individuale, che nell'uno risiede nell'origine elettiva del giudice di fatto, e nella costui separazione da quello di diritto, nell'altro è mantenuta dal precetto della motivazione delle sentenze.

XLV. È veramente, questo precetto inerente alla natura del pensiero umano, non è altrimenti riconosciuto dalle moderne legislazioni, che come una suprema garentia, la quale, rifrenando l'arbitrio del giudice, è forma di verità, ed accresce il rispetto e la rassegnazione ai giudicati. Le sentenze portanti il solo titolo del reato e la specialità della condanna non sono oramai, che una trista e remota rimembranza dell'infelice condizione dei padri nostri. Quando lo spirito umano indagava le cagioni di tutte cose, la società non poteva non chiedere al giudice i motivi del suo giudizio. Conquista dovuta in gran parte alla filosofia italiana ed ai perseveranti propositi dei nostri giureconsulti. Il novello Codice di procedura penale, continuando le tradizioni delle legislazioni degli antichi Stati della penisola, ha quindi sanzionato che la sentenza *deve contenere i motivi su cui è fondata.*

Questa regola nata apposta per la magistratura permanente, non si è applicata ai giurati Fu stimato che facendosi appello all'intima convinzione della coscienza popolare, non si dovesse chiedere ragione del suo giudizio, essendo sufficiente garentia per la società, che fosse pronunciato dai giudici scevri di passioni, i quali non han potuto con l'abitudine formarsi una sistematica maniera di convincimento, e la cui indipendenza è assicurata col diritto di ricusa conferito all'accusato nella loro scelta. Ma son queste veramente tali garentie da non far sentire il bisogno della motivazione? In verità vi ha di molti increduli (1) fra' quali ci sono anch'io, e sento che difficilmente potrei convertirmi. Come che sia, è però indubitato che il precetto della motivazione è rimasto saldo per la

(1) Pisanelli, *Dell'istituzione dei giurati.* — Gabelli, op. cit. — Beaudant, *De l'indication de la loi pénale dans la discussion devant le jury.*

magistratura permanente, il cui giudizio non è accettato per legale ove non sia motivato in fatto ed in diritto. Anzi, appunto perchè i giurati ne sono esenti, debbono esservi i magistrati permanenti astretti più rigorosamente. Onde niuno dubita che i tribunali correzionali e le Corti di appello debbano sempre esporre i motivi dei loro pronunciati, non pure sulla reità principale, che sulle scuse, quando queste uscissero spontanee dal fatto ritenuto, o fossero proposte dall' accusato o dal pubblico ministero. La costante uniformità della giurisprudenza ci dispensa dal citarne gli esempi.

XLVI. Perchè non accadrà lo stesso delle circostanze attenuanti?

Se nei tribunali e nelle Corti di appello il giudizio di fatto è affidato all'istesso giudice di diritto, non per questo se gli può dare la prerogativa del Giurì, il quale fu appunto instituito per togliere al giudice di diritto la questione di fatto. Epperò tutto ciò che nel Giurì è prosciolto da forme, perchè affidato alla coscienza popolare, deve presso i giudici essere garentito da una forma certa, che ne incateni l'arbitrio, ed assicuri la rettitudine del giudizio. I tribunali, dunque, e le Corti di appello non ponno altrimenti dispensarsi dalla motivazione, se non quando la divenisse impossibile.

Mi spiego: due casi possono verificarsi: 1° o che le circostanze attenuanti non sieno invocate, nè dall'accusato o dal suo difensore, nè dal pubblico ministero; 2° o che sieno, dagl' uni o dall' altro, proposti fatti determinati e condizioni speciali, in cui si faccian consistere le dette circostanze. Il che dovrebbe potersi rilevare dal verbale della pubblica discussione.

Nel primo caso, tra perchè la legge ha voluto lasciare intatto il campo delle circostanze attenuanti senza definirle, e perchè il silenzio delle parti implicitamente ne riconosce l'inesistenza, se il giudice non esprime nel dispositivo la sua negativa, la sentenza non potrebbe dirsi nulla. Esso si troverebbe nella medesima condizione, in cui si vede quando i fatti non presentano alcuna scusa, nè le parti ne han chiesta la dichiarazione. La sua motivazione, dovendo vagare nel campo dell' indeterminato, riuscirebbe impossibile, e quindi inutile tornerebbe la risposta negativa.

Non così nel secondo caso, quando al giudice fossero

proposti fatti determinati e speciali, come circostanze attenuanti. S'immagini per esempio, in un reato di furto, che il difensore le invochi perchè l'imputato *si spinse al reato per cibare la madre che da più giorni non avea pane; perchè confessò il reato; perchè si presentò spontaneamente alla giustizia* ecc. ecc. In siffatto caso, essendovi una domanda espressa della parte, la quale determina ciò che la legge non ha definito, il magistrato ha l'obbligo di rispondere e di significare i motivi della risposta, sia che i fatti allegati sieno da lui ritenuti, o no, veri, sia che non creda che abbiano valore di circostanze attenuanti. Qui l'obbligo del giudice trovasi nel giro della regola della *motivazione in fatto*, dal quale non possono quelle circostanze scompagnarsi, ove si presentino precise e determinate. L'accusato ha diritto ad una diminuzione di pena pel concorso delle circostanze attenuanti; epperò quando egli presenta dei fatti, nei quali crede ravvisarle, esercita indubitatamente un diritto accordato dalla legge; e se il giudice non vi risponda, la sentenza difetta di motivazione, e viola il precetto dell'art. 626 n. 1° (1) della procedura penale.

Ecco perchè la disposizione dell'ultimo alinea dell'articolo 489 (2), in cui si prescrive, che la votazione intorno alle circostanze attenuanti non si dichiara, ove non sia affermativa, è scritto soltanto nel capo 5 del titolo 3, ove trattasi unicamente dei dibattimenti innanzi alla Corte d'Assisie, e non si vede punto riprodotto nei capi 4 e 5 del libro 2, ove parlasi *dei verbali e dei dibattimenti e delle sentenze* pei giudizii innanzi alla Corte di appello e al tribunale. Quivi non troviamo, oltre l'obbligo del Presidente di proporre prima la questione di fatto, e poi quella dell'applicazione della legge, che l'enumerazione delle distinte parti di che componesi la sentenza (art. 303, 311) (3). Onde è forza conchiudere che, nel silenzio della legge, gli obblighi del giudice permanente rientrino nella regola degli art. 626, n. 1, e 311 n. 3 (4), che compendiano la maggior garentia, di cui sia circondato il giu-

(1) Art. 640 n. 1 della proc. pen. del 1865.
(2) Art. 503, id.
(3) Art. 316, 323 id.
(4) Art. 640, n° 1 e 223 id.

dizio del magistrato correzionale, mercè il precetto di rispondere e di motivare.

XLVII. Il qual precetto scopre anche meglio l'intima diversità ch'è tra i giudici permanenti ed i giurati, e ne mostra tutte le sostanziali differenze, segnatamente in ordine alle circostanze attenuanti.

1. Non è a dissimulare che la facoltà del Giurì sopra le circostanze attenuanti se offre dei vantaggi, può anche divenire, so abusata, un'arma pericolosa per la giustizia. Se i giurati fossero specialmente obbligati a rispondere alla corrispondente dimanda, vuoi per debolezza, vuoi per ritegno a dir francamente di *no*, ove la loro sola volontà basta a dir di *si*, senza renderne ragione, spesso accadrebbe che anche loro malgrado si deciderebbero per l'affermativa, se pure non sdrucciolassero in una perenne affermazione di condiscendenza (1). Questo pericolo non è a temere nel giudice permanente, perchè astretto com'è alla motivazione, non può tanto a capriccio fare uso delle circostanze attenuanti, dovendo indicarne una almeno, quando le ammette, o dire la ragione per la quale non non creda esistenti quelle che si propongono per tali. L'ammissione o no di esse, che da canto dei giurati può dipendere dalla sola volontà, dev'essere dai giudici giustificata dal ragionamento. Ecco perchè il loro rifiuto espresso non li colloca rispetto all'accusato nella medesima posizione delicata in cui si troverebbe il Giurì. E ciò, a prescindere dall'essere la magistratura permanente, meno dei giurati, accessibile ai subiti impulsi di una facile pietà.

2. Per quanto in teorica possa parere agevole la netta separazione del fatto dal diritto, nei giudizi presso la Corte d'Assisie, in realtà fin'ora non è stata possibile: e il credere che si fosse ottenuta ha dato luogo a non pochi errori. Il Giudice di diritto, secondo l'attuale nostra legislazione, ha pure la facoltà di valutare l'insieme del fatto, ed ove non gli fosse specialmente vietato, applicare, a seconda dei casi, il *minimo* o il *maximo* del grado della pena. Sicchè, a non illudersi, se il Giurì dichiara le circostanze attenuanti, capaci di attenuare la pena, non è vietato al Giudice di tenerle presenti nella latitudine della medesima. Epperò il silenzio dei Giurati giova a non pregiudicare indirettamente la facoltà del Giudice, il quale,

(1) Boitard, *Leçon sur le code pen. et d'instru. crim.*, p. 562.

se le vedesse espressamente escluse, si troverebbe in qualche modo preoccupato nel rivalutare il fatto nei limiti della sua attribuzione, ove stimasse di pronunziare il *minimo* del grado di pena. Questa difficoltà non può verificarsi presso i Tribunali e le Corti di appello, essendo affidato all'istesso ed unico magistrato la valutazione e dichiarazione del fatto, e l'applicazione della pena.

3. Oltrecchè, la facoltà che hanno i Giurati, affrancati dall'obbligo della motivazione, intorno alle circostanze attenuanti, ha qualche cosa che si assomiglia al diritto di grazia, che risiede nel Capo dello Stato, comecchè ne sia distinto e per molte vie diverso.

Una espressa dichiarazione negativa di un giudice che rappresenta la coscienza popolare, se non può impedire di diritto, preoccupa, certo, il principe nell'esercizio della grazia. D'altronde il silenzio dei giurati in questo caso, o lascia in dubbio se essi abbiano, o non, badato a occuparsi delle circostanze attenuanti, o mostra ch' essi stessi non abbiano voluto aggravare per altre vie la condizione dell'accusato.

XLVIII. È, dunque, un errore ciò che, sull'autorità della giurisprudenza francese, sostiene il citato autore del *Commentario del Codice italiano*, vale a dire, che i Tribunali correzionali, sia che accordino, sia che rifiutino il beneficio delle circostanze attenuanti, *non son tenuti di dare i motivi della loro determinazione* (1). Che se a taluno sia per parere la nostra opinione come troppo sollecita di quel precetto sopra la motivazione delle sentenze, che già fu per molti anni, in queste provincie napolitane, il supremo palladio della libertà individuale e della rettitudine dei giudizi, non ci dorremo, certo, del rimprovero.

§ VI.

Della dichiarazione delle circostanze attenuanti nei giudizi contumaciali.

XLIX. « Noi non possiamo comprendere col solo di» scorso della ragione, dice Vincenzo Gioberti, le attenenze

(1) Pag. 550, sull'art. 684.

» della pena col peccato. La prima delle quali attenenze » è la *proporzione;* ma che proporzione può correre tra » la pena, ch'è un male fisico, e la colpa, ch'è un di» sordine morale? Quale è la regola e la misura di cui » ci possiamo valere per riscontrare e pareggiare due cose » di natura così diversa? Eppure la ragione ci dice in » genere, che vi ha una correlazione tra il dolore e l'a» buso del libero arbitrio, come tra il piacere e la virtù, » e che il demerito e il merito sono il nesso logico che » intercede fra cose così discrepanti. La ragione c' insegna » genericamente che l'ordine offeso e perturbato dalla » colpa si ristaura col supplizio, ma qual sia la propor» zione di questo verso di quella, e con che bilancia si » debbono pesare cose sì diverse, che non trovano fra » loro la menoma convenienza di natura, il conoscimento » naturale non ce lo può appalesare, nè far presentire in » modo alcuno ». Malgrado la suprema difficoltà metafisica, sapientemente rilevata dal sommo italiano, malgrado l'arbitrio legislativo a cui si riduce nel fatto la soluzione storica di questo problema, è indubitato che la legge penale di ogni tempo e di ogni popolo non ha potuto determinare altrimenti che dal reato la misura della pena: *pœna debet commensurari delicto.* Pecuniaria o corporale, lieve o eccessiva, umana o atroce, la pena esprime sempre, in qualunque sistema di legislazione, la sua proporzione col reato. Ciascun legislatore può intendere diversamente un reato, secondo la diversità dei popoli e della civiltà, e dei principii ai quali s'inspira; ma nella sua mente, la pena pareggia sempre la colpa. Di che nasce una conseguenza rilevantissima, ed è, che la pena comminata dalla legge non deve poter mai aumentare per fatti posteriori, i quali nulla abbiano di comune con la perpetrazione del malefizio.

L. Tale è il caso della contumacia. Qual differenza di imputabilità, circa il fatto del reato e, quindi, qual differenza sulla misura della pena può, invero, riscontrarsi tra colui, che raggiunto dalla pubblica potestà, viene in contraddittorio ad assistere ed a difendersi nella discussione delle pruove, e colui che spaventato dal male della pena che l'incalza, preferisce un volontario esilio o una vita di stenti e di palpiti? Fra colui che, fatto segno ad una imputazione, si affida volenteroso alla coscienza dei giudici, e l'altro cui forse spaventa il solo pensiero di un giudi-

zio criminale? Niuna differenza; la quantità e qualità del reato, le sue gradazioni ed attenenze con la pena corrispondente, rimangon sempre le stesse. I soli fatti che in queste due diverse situazioni vengono al paragone sono la *presenza* e l'*assenza* dell'accusato; fatti posteriori al reato, i quali, appunto perchè tali, non ponno accrescere, o scemare la quantità della colpa e, però, della pena correlativa. Un solo divario è verificabile, circa le forme giudiziali del procedimento, in quanto l'accusato assente non è possibile che se ne prevalga, come il presente, ed eserciti, come questo, in tutta la sua ampiezza, il diritto della difesa.

LI. La contumacia, anche quando, secondo i tempi e le legislazioni, è stata considerata siccome un fatto punibile, ha potuto dar luogo ad una pena speciale, ma non ha mai alterato la pena propria del reato, affatto diversa e indipendente da quella. Anzi, com'essa a causa dell'assenza dell'accusato, non può fare a meno di un procedimento eccezionale che limiti i mezzi di difesa, questo non si riduce, in fondo, più che a una punizione, ad un mezzo efficace per costringere l'accusato a *purgare la contumacia.*

Prevalso nell'antica Roma il principio di Trajano: *absentem in criminibus damnari non deberi* (1), pena della contumacia fu il sequestro dei beni, che si mutava in *pubblicazione*, se fra un anno la contumacia non fosse stata purgata (2). Provvedimento cui può dirsi simile quello della Legge Salica (3).

Dichiarata la contumacia non si procedeva oltre: *Neque enim inaudita causa quemquam damnari aequitatis ratio patitur* (4).

Poscia da Federico imperatore, che fu solerte e crudele iniziatore in Italia delle condanne ed esecuzioni *in effigie*, contro gli assenti, tanto che la ferocia della legge ne rese rarissima la pratica (5), sino a Pietro Leopoldo di Toscana, primo fra i legislatori che rovesciò questa

---

(1) L. 5, D. *De poenis.*
(2) L. 2, Cod. *De requir. reis.*
(3) Tit. 59.
(4) L. 1, *De requir. vel absent. damnandis.*
(5) Nicolini, *Pr. pen*, parte III, n. 1190.

iniqua maniera di giudizi, ponendo le più giuste basi dei giudizi contumaciali, di cui s' avvantaggiò tutta Europa (1), non troviamo alcuna legge, la quale, oltre alla diversità delle forme del procedimento, abbia prescritto pel reo assente una valutazione e misura d' imputabilità diversa da quella del reo presente. E però, se il colpevole, p. e., si spinse al reato in seguito di provocazione, niuno ha mai pensato che il fatto posteriore, della sua presenza o della sua assenza in giudizio, potesse mutare come che sia, le circostanze e il valore del fatto criminoso secondo la figura che ne presentano le tavole processuali. L' eccezionalità del procedimento e la diversità delle forme giudiziali non mutano i caratteri dell' imputabilità, nè cambiano la quantità del reato e della pena.

LII. Il Codice italiano, che al paragone di quelli degli altri Stati di Europa, nei giudizi contumaciali assai poco lascia a desiderare, riduce tutta la pena della contumacia, se è giusto punirla, a quattro principali limitazioni: 1° a privare l' assente delle garentie del giudizio per giurati (art. 522) (2); 2° a niegargli un difensore che possa rappresentarlo (art. 515) (3); 3° ad escludere ogni altra specie di pruova, salvo unicamente quelle raccolte nel processo istruttorio (art. 524) (4); 4° ed a niegargli il ricorso in Cassazione (art. 527) (5 *). Il che, certo non importa che il Giudice non debba valutare. secondo la legge penale, tutte le circostanze di fatto e di persona che si rilevano dal processo scritto. Nei giudizi contumaciali la Corte giudica senza l' intervento dei giurati. L' eccezione quindi, non riguarda che la trasformazione organica degli elementi giurisdizionali. Il giudizio di fatto passando, in questo caso, nelle attribuzioni dell' istesso giudice di di-

(1) Nicolini l. cit. n. 1191.
(2) Art. 536, della Pr. pen. del 1865.
(3) Art. 529, id.
(4) Art. 538, id.
(5) Art. 541, id.
(*) Che il contumace non debba potersi difendere come l'accusato presente, è una limitazione che trova la sua ragione nella eccezionalità del procedimento e nel fatto stesso della contumacia; ma non per questo non era da seguire l' esempio della legge di procedura penale napolitana del 1819, che permetteva l' intervento del difensore sotto il nome di *escusatore*, il quale, senza uscire dai fatti contenuti nell' atto di accusa e negli atti del procedimento contumaciale, poteva présentare le difese dell' accusato.

ritto, dev' essere da costui esaminato in tutte le sue parti. E però ove dall' esame del processo risultino circostanze attenuanti, debbono con tanta maggiore scrupolosità venir dichiarate, per quanto nella mancanza di ogni difesa, non vi è stato alcuno che avesse potuto farle rilevare.

L'articolo 684 prescrive: *se nei reati . . . concorrono circostanze attenuanti le Corti e i Tribunali dovranno diminuire le pene.* Questa disposizione legislativa è incondizionata, nè può variarsi secondo che l'accusato sia presente o contumace, La contumacia non può influire che sulle forme del procedimento, non sulle circostanze attenuanti, le quali risguardano la gradazione dell' imputabilità.

LIII. Se alla Corte d'Assisie volesse togliersi, nei giudizi contumaciali, la facoltà di dichiarare le circostanze attenuanti, s'introdurrebbe una nuova maniera di punire la contumacia, la quale, invece di colpire unicamente il fatto di questa, non riuscirebbe in realtà, che ad esasperare la pena del reato.

Quel che è più strano è, che coloro i quali contrastano in tal caso alla Corte d'Assisie questa facoltà, non le negano poi quella di ammettere i fatti di scusa, le attenuanti per l'età, e via discorrendo. Potrebbe essa ammettere il più e non il meno? Assolvere nei giudizi contumaciali, dichiarare *non esservi luogo a procedere* (articolo 526) (1), e non poter dichiarare il concorso delle circostanze attenuanti!

Vero è, che quando ha luogo il processo orale con la presenza dell'accusato, può tornare più facile di verificare l'esistenza delle circostanze attenuanti; ma non perchè sia meno agevole raccoglierlo dalla lettura delle dichiarazioni scritte, debba, ove si rilevino, vietarsene la dichiarazione.

LIV. Si fa gran caso della contraria giurisprudenza della Corte di Cassazione di Francia (2), il cui ragionamento suona così: *L'art. 463 del Codice Penale dice, parlando di reati punibili criminalmente, che le pene saranno modificate* QUANDO IL GIURÌ AVRÀ DICHIARATO LE CIRCOSTANZE ATTENUANTI; *l'art.* 341, *dice che nelle materie criminali il Presidente avvertirà il Giurì; dunque al solo Giurì è dato, per le materie criminali, la conoscenza delle circo-*

(1) Art. 540, della Pr. pen. del 1865.
(2) Arr. cass. 4 mars 1842 — 14 sept. 1843.

stanze attenuanti. Ma poichè nei giudizi contumaciali non interviene il Giurì non può la Corte d' Assisie arrogarsi la facoltà di dichiararle. Tanto più che non è possibile di raccoglierle senza la discussione orale delle pruove (1).

Quel che abbiam detto scopro già sufficientemente la fallacia di queste argomentazioni.

La obbiezione, che si cava dall' articolo 463 del Codice penale non prova nulla, perchè questo articolo esprime solo la regola generale del procedimento ordinario coi rei presenti, ove l' intervento del Giurì è indispensabile, come giudice di fatto.

Il che non implica che quando, per eccezione di procedimento, esso non interviene, e il giudizio di fatto passa al giudice di diritto, non debba passare altresì la facoltà di dichiarare le circostanze attenuanti, ch' è parte appunto di quel giudizio, la quale non è altrimenti esercitata dal Giurì che come giudice di fatto. Non per altra ragione la legge accorda questo medesimo potere ai Giudici correzionali.

Ciò risponde anche all' altro argomento desunto dall'art. 341 del Codice d'istruzione criminale. Se la Corte di Assisie nei giudizi contumaciali non dovesse far altro che, visto il titolo del reato e il nome del colpevole, applicare la pena, come una volta avveniva in Francia per la legge del 4 termidoro anno 2°, che faceva al tutto sinonimi *contumace* e *colpevole*, si potrebbe giustamente inferirne che queste circostanze non sono da valutare nei giudizi contumaciali. Ma se il giudice di diritto, in questa sorta di giudizii, è eziandio giudice di fatto, non può conoscendo del fatto, non conoscere medesimamente delle sue circostanze attenuanti.

LV. Nel resto, quanto al Codice italiano, gli argomenti sui quali si fonda la guirisprudenza francese non hanno riscontro di sorta. Perchè, come già innanzi notammo, l'art. 684, in ordine alle circostanze attenuanti, non parla dei soli giurati, ma, in generale, delle Corti o dei tribunali; che vuol dire, aver rapportato il precetto a tutte le giurisdizioni, in qualunque forma di procedimento, ordinaria, o eccezionale, alle Corti di Assisie come alle Corti di appello e ai tribunali correzionali, sì nei giudizi contradittori e sì nei giudizi contumaciali.

---

(1) Cheauvau et Hélie, op. cit. n. 4037-38-39 combattono questa giurisprudenza, e fan voti perchè venga mutata.

LVI. E però nulla diremo in ordine ai tribunali correzionali, a cui l'istessa giurisprudenza francese non ha mai niegata una tale facoltà in questi giudizi, ancorchè eccezionali.

§ VII.

Conchiusione.

LVII. Da ciò che abbiam detto sopra le circostanze attenuanti, si può conoscere quanto sia geloso e importante l'uffizio dei giurati, la cui responsabilità innanzi al paese a all'opinione pubblica vuol essere gravissima, se il loro giudizio è per legge francato dalla motivazione, e sfugge ogni censura di giudici superiori. Una facoltà illimitata, come quella ch' essi hanno, di ammettere, o non, senza alcuna norma certa, senza alcun criterio giuridico, le circostanze attenuanti, può essere facilmente abusata; e l'abuso tornerebbe sempre esiziale alla giustizia, sopratutto in Italia, ove abbiamo un Codice penale, cui certo non è da rimproverare nè esagerazione di pene, nè difetto di gradazione nell' imputabilità dei reati. Ogni inconsiderata e arbitraria tendenza di questa sorta non potrebbe non recare una continua perplessità nei giudizi penali, da scemare grandemente, e talora da annullare la salutare efficacia della legge. Se le circostanze attenuanti, parlando in generale, sono di loro natura indeterminate, sono però facilmente determinabili a seconda dei casi, se si consideri, senza idea preconcetta, il fatto speciale del reato e la condizione individuale dell'accusato. Una circostanza che riesce attenuante in un caso, può non riuscire, o divenire anzi aggravante in un altro. L'età giovanile, per atto di esempio, può senza dubbio attenuare la colpa di chi ferisce il suo rivale in amore; l'aggrava in chi offende un vecchio venerando cui debba riverenza e ossequio. Cosi del sesso, della fortuna, delle abitudini, e di non poche altre condizioni. Se ci ha pericoli nell'instituzione dei giurati, questo circa l'abuso delle circostanze attenuanti può esserne uno gravissimo, dal quale conviene che essi si guardino diligentemente; e se ne guarderanno. I loro *verdetti*, siam certi, saranno una solenne protesta contro chi ci diceva non peranco adatti a questa maniera di giudizi, e daranno una novella prova all'Europa della maturità del senno italiano.



